

**論説 損害保険料保管専用口座とその利害調整 :
最二小判平成一五・二・二一（民集五七巻二号九五
頁）を題材として**

著者	岸本 雄次郎
雑誌名	筑波法政
巻	39
ページ	183-218
発行年	2005-09-30
URL	http://hdl.handle.net/2241/00156074

損害保険料保管専用口座とその利害調整

——最二小判平一五・二・二二（民集五七卷二号九五頁）を題材として——

岸 本 雄次郎

目 次

- 一 緒論
- 二 本件預金債権は本来、誰のモノか
- 三 「金銭においては、その占有者が所有者である」との
ドグマ
- 四 客観説からのアプローチ
- 五 本件預金債権と代理店の責任財産
- 六 信託構成の可否
- 七 特定性について
- 八 おわりに

一 緒論

掲題判決の要旨は、次のとおりである。

損害保険会社Xの損害保険代理店である訴外Aが、保険契約者から収受した保険料のみを入金する目的で、「X代理店A」名義の普通預金口座をY信用組合に開設したが、XがAにYとの間での普通預金契約締結の代理権を授与しておらず、同預金口座の通帳及び届出印をAが管理し、Aのみが同預金口座での入出金事務を行なっていたという判示の事実関係の下においては、同預金債権は、Xではなく、Aに帰属する（なお、反対意見がある）。

本判決に対しては、これまで数多くの評釈がなされているが、次の二点がいまだ第一するところを知らない状況として関心を集めていると言えるだろう。

まず、本判決が、普通預金についても定期預金と同様に客観説を採用したのか否かについてである。最高裁は、定期預金については客観説を採用してきたが、普通預金についての最高裁判例は存在していなかったのである。本判決は、最高裁が普通預金の帰属問題について初めて示した判断なのだが、客観説を採用したのかどうかについては議論が分かれているところである。

次に、同預金債権が損害保険代理店に帰属するならば、それが代理店の一般責任財産を構成するのか、という点である。本件は、預金債権の請求原因レベルの認定が問題となっていた事案であり、責任財産レベルの問題については、本判決の触れるところではないからである。さらには、この問題に派生して、代理店の責任財産を構成しないのであれば、預金者が代理店であるとした本判決の認定の意味するところは何なのか、また、責任財産レベルでも同預金債権が代理店に帰属するとするならば、その権原は何であったのか、という問題意識が生じせられるのである。

本件預金債権が誰の責任財産を構成するのかを検討するにあたっては、本件預金が実質的に誰のモノと考えるのが妥当なのかを分析する必要がある。それはつまり、本件預金の出捐者は誰なのかを検証する作業でもあるのだが、それが預金の帰属に関する客観説（出捐者説）に直截繋がるものなのか

は別異である。本稿では、如上の問題に對して、「金錢においては、その占有者が所有者である」とのドグマおよび客観説と本件預金債権の帰属との關係を検証するとともに、誰を救済すべきなのかの析出およびその救済法を論じることとする。なお、救済については信託構成の可否が議論され、自益信託構成を採る場合の、当初信託財産が何であったとすべきかという問題、財産権の移転（信託譲渡）の欠缺、延いては信託業法違反の恐れが指摘されているところであるが、本稿では特にこれらの点について探究したいと思う。

二 本件預金債権は本来、誰のモノか

損害保険代理店が保険契約者より収受した保険料は、代理店が保険会社を代理して受領したものである。代理店が代理店からすれば、その効果は本人が取得するのだから、代理店が受けた保険料は、本人たる保険会社に帰属するはずである。

これを保険契約者との關係でみると、保険契約者が代理店に保険料を支払った瞬間に、保険会社との保険契約が成立する、すなわち、保険契約者は保険に加入し、保険会社の保険責任が発生する。つまり、当該保険料と保険会社の保険責任が当に一對一対応しており、両者は等価なのである。確かに、その保険料には保険会社への送金前に代理店が差し引くべき

代理店手数料が含まれている。しかし、保険契約者は自分の支払う金員が、「保険料＋代理店手数料」であるという認識はないと思われる。蓋し、代理店手数料は、保険契約者が代理店に支払うものではなく、保険会社が代理店に支払うものだからである。前述の代理店による代理店手数料の差し引き行為は、代理店・保険会社間における相殺と考えるべきものであり、保険契約者とは無関係である。

以上より、代理店が収受した保険料は、本来は保険会社に権原があるとされるべきものと言えるであろう。それでもあえて代理店に帰属せしめるには、保険会社・代理店間で消費貸借あるいは消費寄託契約が簡易の引渡により成立したとみるほかない。だが、そのような契約があったという事情は、それこそ全うかがわれない。

本判決において確定した事実認定によると、代理店は、その収受した保険料を他の金銭と混合しないように専用の金庫ないし金袋で保管し、それをすべて本件預金口座に入金していた。なお、代理店が本件預金口座に保険料以外の金銭を入金したことはなく、損害保険代理店委託契約により流用が禁止されているので、本件預金口座において、いわゆる代理店の固有財産たる金銭との混合はなかったものと思われる。本来、保険会社に帰属すべき保険料がそのまま本件預金債権に化体した、つまり、代理店が収受した保険料と本件預金債

権とは特定性の連続が切断されていないのだから、本件預金債権も実質的には保険会社に帰属すべきものといえるであろう。であるにもかかわらず、本判決は、本件預金債権は代理店に帰属すると判示したわけである。バランス感覚としては違和感を覚えるところであり、理論的にも議論が紛糾している。それゆえに、頭書で述べたように本判決は多くの関心を集めていると思料する。

さて、上述の本件預金債権の保険会社への実質的帰属であるが、「金銭においては、その占有者が所有者である」とのドグマによって、修正を加える必要が生じることとなる。次節では、このドグマと本件預金債権につき検討する。

三 「金銭においては、その占有者が所有者である」とのドグマ

通常、物品の窃取や騙取の被害を受けた者は、所有権に基づく返還請求権（物権的請求権）を有するとともに、犯人に対して不当利得返還請求権を有する。翻って、窃取や騙取の客体が金銭であった場合、その占有者、つまり犯人は、「金銭においては、その占有者が所有者である」とのドグマにより、その窃取金や騙取金の所有者となり、被害者はその金銭につき所有権を失う。被害者は、犯人に対して、不当利得返

還請求権を有するのみで、物権的請求権は有さないとされる。犯人は正当なる法律上の原因なくして所有権を取得してしまふのである。

さて、本件預金債権が代理店の責任財産を構成するとすれば、その法的権原は何か。委任契約とみればいいのであるうか。だが、消費貸借や消費寄託等のように所有権の移転を前提とするところのものではない委任であれば、それを権原と考えることはできない。さすれば、前叙の窃取金・騙取金の場合のように、「金銭においては、その占有者が所有者である」とのドグマ（以下、「金銭ドグマ」と称する）が適用され、それにより代理店に移転された所有権が権原となつて、預金債権が代理店の責任財産を構成することとなつたのであらうか。しかし、このドグマは、紙幣や鑄貨のような貨幣である金銭に適用されるものであつて、預金債権としての金銭には適用されないはずである。

そもそも右のドグマは、本来、金銭の占有者が正当なる法律上の原因なくしてその所有権を取得するというものである。所有権移転の正当なる法律上の原因があつて占有移転が行なわれたのであれば、占有者に所有権があるのは当然のことであつて、ことさらにこのドグマを持ち出す必要はない。前述の窃取金・騙取金の場合のほか、無効な売買契約に基づいて支払われた金銭等がそのドグマの対象となる。金銭には履歴が

ないので、ある者が占有するすべての金銭につき、どの金銭は占有を正当づける権利を有しており、どの金銭はそれを有していないと区別・判断することが不可能である。よつて、現実問題として、金銭を現実支配している者に所有権を認めざるを得ないというのがこのドグマである。したがつて、他人のために財産の管理をする受任者の占有する金銭は、その他人から管理委任を受けた金銭を含めてすべてが受任者の所有に帰することとなる。なお、最高裁判例（最一小判昭二九・一一・五刑集八卷一一号一六七五頁及び最一小判昭三九・一・二四判タ三六五号二六頁）は、このドグマを適用しながらも例外があり得るとし、所有権を有するのは占有者ではなく原所有者であると認めるべき「特段の事情」をその要件としている。

ここで、代理店が最初に保険契約者より収受した保険料が貨幣であつたことを想起されたい。前節では、収受した保険料の実質的帰属者は保険会社であるとの帰結を導いたところである。しかし、保険料たる貨幣の所有権は、前述の「特段の事情」が認められないかぎり、右のドグマにより占有者たる代理店に帰属することとなるのである。本件保険料は、専用の金庫ないし集金袋で保管されていたのであるが、最高裁はこれを「特段の事情」とは認めなかつたのであらうか。

思うに、本件預金債権につきその原資が保険料であること

は、社会通念上、明白である。さらには、代理店の収受した保険料は、専用の金庫ないし集金袋で保管されていたわけで、封緘された現金と同視し得べき状況であつたと考えられる（本件原審参照）。然るに、最高裁本判決は、代理店が保険契約者から収受した保険料の所有権は、金銭ドグマによりいつた代理店に帰属するから、本件預金原資は、代理店が所有していた金銭にはかならないとしている。つまり、本件においては、この管理方法でも、特段の事情とはなり得ないと判断したのである。これは、代理店が収受した保険料と本件預金との紐付けを否定することとなるのだが、なぜか。特段の事情の典型とされる封金は、委任者の占有を離れる時点ですすでに封緘されているわけであるが、保険料は、専用金庫ないし集金袋で保管されるといつても、通常、保険契約者の占有を離れる時点では封金ではない、つまり裸の金銭であらう。最高裁は、そのことをもつて、本件管理方法は「特段の事情」になり得ないとしているのであらうか。後述する。

四 客観説からのアプローチ

四―一 客観説

預金債権を取得する真の預金者がだれであるかが争われる場合、どのような基準によつて真の預金者を確定すべきかが、

預金者の認定の問題である。

無記名式定期預金における預金者の認定については、初期の下級審判例は、客観説、主観説および折衷説の三説に分かれていたが、最高裁は客観説をとり、判例上は客観説が確立している。客観説は無記名式定期預金という例外的な契約における理論であつたのが、無記名式定期預金を新たに開設することが認められなくなつた後、記名式定期預金についても、最高裁は、無記名式定期預金におけると同様、客観説をとり、現在までその立場を維持している。

客観説とは、預金者の認定をするにあつて、自己の出捐で自己の預金とする意思で、本人自ら、または使者、代理人を通じて預金をした者が預金者であるとする見解である。

さて、前叙のとおり、最高裁は定期預金については客観説をとつてゐるが、普通預金等の決済性預金はどうであらうか。それについての最高裁判例は、従前存在しない。定期預金であるなら、無記名式にしる記名式にしる出捐は一回で済んでいるが、普通預金の場合、その原資は一人から出捐されたのかは判らない。普通預金はいつたん預金契約を締結し、口座を開設すると、以後誰もがいつでも自由に預入れ、預金者がいつでも払戻しをすることができる継続的取引契約である。口座に入金があるたびにその額についての消費寄託契約が成立するが、その結果発生した預金債権は、口座の既存の預金

債権と合算され、一個の預金債権として扱われるものである。このような性質を有する普通預金について、預金者を確定するに当たり、ある特定の時点での口座残高についてその出捐者を確定することは困難な場合があり、客観説を適用することについては違和感が指摘されている。¹¹⁾

四―二 本件預金債権へのあてはめ

四―二―一 福田反対意見

本判決については福田裁判官の反対意見がある。いわく、預金の原資の出えん者が預金債権の帰属主体になるという理論を前提に、損害保険会社Xが本件預金の原資の出えん者であるから本件預金債権の帰属主体であるという判断過程を正当なものであると考えるものではないと、客観説に基づいたアプローチは正当でないと明言している。

四―二―二 法廷意見

本最高裁判決の原審（札幌高判平一一・七・一五金商一一六七号九頁）は、次のように判断し、本件預金債権は損害保険会社に帰属するとした。

「本件預金の原資は保険料である。保険料の帰属について実質的利益を有しているのが損害保険会社であることを考慮すると、代理店が収受した保険料の所有権は占有者ではない

損害保険会社に帰属すると認めるべき特段の事情が存するものと解する余地が十分にある。仮にそうでないとしても、諸点を考慮すると、本件預金の出捐者は、損害保険会社であると認めるのが相当である」。

右の高裁判決は客観説に立脚するものである。「損害保険会社」原資の出捐者（特段の事情による）原資の所有者「預金の帰属者」もしくは「原資の出捐者」預金の帰属者（＝原資の所有者）としているのではあるが、預金の帰属者が必ずしも原資の所有者でなければならないとしているわけではない。

原審が右のように客観説で結論を導いたのに対し、最高裁は、次の理由でその判断を破棄し、本件預金債権は損害保険会社に帰属するとは認められないと判示した。

① 本件預金契約を締結したのは代理店自身であり、損害保険会社・代理店間で預金契約締結の代理権を授与していた事情は記録上全くうかがえない。

② 本件預金口座の名義が預金者として損害保険会社を表しているとは認められない。

③ 本件預金口座の通帳および届出印は代理店が保管しており、口座の入出金事務を行っていたのも代理店であるから、口座の管理者は名実ともに代理店である。

④ 金銭については、占有と所有とが結合しているため、

本件預金の原資は、代理店が所有していた金銭にはかならない。

⑤ 専用口座であるという事情があるからといって、それが預入れた金融機関に対する関係で本件預金債権の帰属者の認定を左右する事情になるわけではない。

四―二―三 所見

四―二―三―一 損害保険代理店の意思

本件預金債権が代理店に帰属するとした本判決が、客観説に依拠しているのかという命題に対しては、(代理店の)自己の預金とする意思の有無をまず検討する必要がある。¹²⁾

最高裁が適法に確定したとする事実関係によると、収受した保険料および本件預金に関する取扱いは以下のとおりであった。

① 本件預金口座は、代理店Aが損害保険会社Xのために保険契約者から収受した保険料のみを入金する目的で開設された。

② Aは、Xを代理して、保険契約者と保険契約を締結し、保険契約者から保険料を収受し、X名義の領収書を作成し、これを保険契約者に交付する。Aは、保険料として収受した金銭を本件預金口座に入金するまで、これを他の金銭と混合しないよう、専用の金庫ないし集金袋で保

管する。

③ Aは、保険料として収受した金銭をすべて本件預金口座に入金する。Aが本件預金口座に保険料以外の金銭を入金したことはない。

④ Xは、毎月一五日前、前月分の保険料請求書をAに送付する。同請求書にはAの前月分の代理店手数料の額が記載されており、Aは、この時点で、前月分の代理店手数料の正確な額を知る。

⑤ Aは、毎月二〇日ころ、本件預金口座から前月分の保険料相当額の払戻しを受け、そこから上記請求書に記載された代理店手数料額を控除した額の金銭をXに送金する。

⑥ 本件預金口座に生じた預金利息は、Aが取得する。

⑦ Aは、二度目の不渡り手形を出すことが確実となったため、Xの支社長に本件預金口座の通帳および届出印を交付した。

上記事実関係に鑑みて、代理店が自己の預金とする意思をもって本件預金口座への預入れ行為を行なっていたと評価するならば、保険契約者から収受した保険料が自己の金銭を含めた他の金銭と混合しないように保管していたことや、本件預金口座に保険料以外の金銭を入金しなかったこと、つまり保険料および本件預金債権を分別管理していたことの意義は

何であつたというのであろうか。右の代理店の分別管理は、当該金銭（保険料）および本件預金債権が、代理店自身を含め保険会社以外の他者のモノではないということを意図するものであつたと考えるべきものであろう。確かに、保険料に関する上記取扱いは、保険募集の取締に関する法律（平成七年法律第一〇五号により廃止）、同法施行規則（平成八年大蔵省令第五号により廃止）、「損害保険会社の業務運営について」と題する大蔵省通達（平成八年四月一日蔵銀第五二五号）および社団法人日本損害保険協会の損害保険募集関係規定に沿うものであり、延いては、X・A間の損害保険代理店委託契約における「Aは、収受した保険料を、Xに納付するまで、自己の財産と明確に区分して保管し、これを他に流用してはならない」との定めにも従つたものである。これらの諸規定が、Xに納付されるまでAの占有する収受保険料はXの所有に帰属するものであるということを企図していることは明らかであろう。蓋し、それを代理店に帰属せしめる予定であるならば、代理店の固有財産たる金銭と混合させても何ら差し支えないからである。代理店も右の分別管理の企図するところを理解していたであらう。このような煩瑣な事務手続を「規則だから」と単に唯々諸々と従つていたにすぎないとは評価できない。さらに、自己の預金とする意思が代理店にあつたとするならば、代理店が本件預金口座の通帳および届出

印をXに交付するはずもなからう。

なお、本件預金口座に生じた預金利息につきAがこれを取得することになつていたが、そのことをもつて、代理店に自己の預金とする意思があつたとする見解も想定できる。だが、その見方も、分別管理等の他の事実関係による推定を否定できるものでもない。

以上より、代理店に自己の預金とする意思はなかつたものと考えられ、よつて本件が客観説に基づいて解決せられたものではないとの帰結が導かれる。

四—二—三—二 本件預金の出捐者

代理店が収受した保険料（貨幣）には特段の事情が認められず、その所有権は代理店に帰属するということは前節で述べた。そして、客観説は、出捐者が預金者であるとするものであつた。

そして、金銭ドグマと客観説との関係において、次のような見解が見受けられる。すなわち、「保険契約者から交付されて損害保険代理店が収受した保険料は受領時点では代理店の所有に帰すると見るのが適切だとすれば、預金原資の出捐者、したがつて専用口座の預金者は代理店だということになる（保険会社が原資の出捐者であると言えるためには、保険会社への保険料所有権の帰属を認めなければならない）」と

の見解である。¹⁵⁾

右の見解は預金者の認定において、原資（金銭）の占有者＝金銭の所有者＝預金の出捐者＝預金債権の帰属者、を前提としている。だが、ここで客観説の定義を想起されたい。それは、自己の出捐で自己の預金とする意思で、本人自ら、または使者、代理人を通じて預金をした者が預金者であるとするものであった。出捐者が使者や代理人に金銭を交付して、銀行で預金するような依頼した場合、その預金者は本人たる出捐者であるとするのである。出捐者が代理人に交付した金銭の所有権に関しては、金銭ドグマにより代理人に帰属する。すると、右の見解では、所有権を有する代理人が出捐者となってしまう。代理人を通じての預金においては、本人が出捐者であるとはいえなくなってしまう、客観説に依拠したはずでありながら客観説に背理しているといわざるを得ない。これにつき、記名式預金一般につき客観説の採用を明言したとされる最判昭五七・三・三〇（金法九九二号三八四頁）で考えてみたい。その判示するところは「預入行為者が出捐者から交付を受けた金銭を横領し自己の預金とする意図で記名式定期預金をしたなどの特段の事情の認められない限り、出捐者をもって記名式定期預金の預金者と解するのが相当である」というものであった。この最高裁判決は、預入行為者に金銭を交付した者が出捐者、金銭の交付を受けた者が預入

行為者であるとし、原則として金銭の占有者たる預入れ行為者ではなく出捐者が預金者であるとするものであるが、右の見解では、このような帰結が導かれようはずもないのである。¹⁶⁾

さて、占有者が必ずしも出捐者というわけではないとすれば、本件では誰を出捐者とすべきか。それを析出するために、本件保険料および本件預金について、その流れを検証してみよう。

まず、保険料は、保険契約者から代理店に支払われた。すると、保険契約者が出捐者であるといえるのであるうか。保険契約者は、その支払いにより保険の加入を享受し始めたわけだから、決済につき完了したこととなる。その金銭が向後どう扱われようと関係ないわけである。したがって、保険契約者は、支払った保険料という金銭とは切斷されており、出捐者ではないといえる。¹⁷⁾

次に、代理店の収受した保険料だが、これは保険会社の代理人としての代理店が収受したものである。その実質的效果は本人たる保険会社が取得することとなる。そして、代理店は、自己の金銭と混合させることなく、保険会社の財産たる保険料を本件預金口座に入金したわけである。この預入れ行為が、保険会社の代理人として行なわれたのか、あるいは代理店個人として行なわれたのかを検証する必要がある。

代理人として行なつたとすれば、保険会社に実質的效果が帰属している保険料と本件預金とは切斷されず特定性が連続しており、さすれば、本件預金の出捐者は保険会社であるとなる。だが、本判決は、代理店が保険料という金銭を専用金庫や集金袋で保管し他の金銭と混合しないようにしていた管理方法、および専用保管口座にそれを預入れし、それには保険料以外の金銭を入金しないという口座管理方法をとつたにもかかわらず、それを特段の事情とは認めず、実質的效果が保険会社に帰属するところの保険料と本件預金との特定性の連続を切斷したのである。さらに、この見方は、代理店が預入れ金融機関との関係で、預入れ行為の代理権を授与されていないとの法廷意見と相容れないこととなる。逆に、代理店個人として行なつたとするのであれば、代理店は自己のおカネとして預入れしたと評価できる、すなわち、本件預金口座に入金した金銭は、保険料受領の実質的效果の帰属との特定性の連続が切斷されていることとなる。すると、本件預金については、原資出捐者も代理店であつたということとなる。

本判決は、後者、つまり代理店個人として預入れしたという見方を採つたと考えられる。だが、代理店が、保険料收受時点から本件預金口座での保管を通じた保険会社への送金まで当該金銭（保険料という貨幣およびその変容物である預金

債権の形態）の特定性を連続せしめていた実情をどのように解せばいいのだろうか。最高裁は、そのことを一顧だにしなかつたのであろうか。これについては、後述する。

四―二―三―三 本判決と客観説

本判決につき「金銭については、占有と所有とが結合しているため、本件預金の原資は、代理店が所有していた金銭にほかならない」との判示により、出捐者を基準として預金者を確定したとも考え得るので、客観説を完全に否定したものではないという見解がある。¹⁸⁾

本判決が客観説に依拠するものであるとするならば、本件預金につき、①代理店の出捐で、②代理店が自己の預金とする意思で、③代理店自らが預入れた、ということとなる。右の見解は、本判決が本件預金の原資の「所有者」が代理店であるということ、本件預金の帰属が代理店にあるとした理由のひとつにあげていることを根拠としているわけである。しかし、前述のとおり、客観説は、「預金の帰属者」「預金原資の所有者」ではなく、「預金の帰属者」「預金原資の出捐者」であつて、必ずしも「預金原資の所有者」「預金原資の出捐者」ではないのだから、右見解は正当ではない。

本判決は、代理店が預金原資の出捐者であるとしたと考えられるが、代理店には自己の預金とする意思があつたとは認

め難いにもかかわらず、本件預金の帰属者が代理店であるとしたのであり、前述したとおり客観説には依拠していないといえるのである。

定期性預金については客観説を採用する最高裁であるが、定期性預金ではない本件については客観説的アプローチを採らず、①口座の開設者、②口座の実質的管理者、③口座の名義、等々を総合的に勘案して判断するというアプローチを採ったものと考えられる。本判決は、「原資の所有者」にこだわったかのように思えるが、決して客観説に依拠してアプローチしたのではないのである。口座の実質的管理者が「原資の所有者」でもあったのだから、名実ともに代理店が本件預金管理者であったのだと帰結せしめた過程における、ひとつの判断要素として言及したにすぎないとみるべきであろう。本判決においては、客観説を採らなかつたのだから、結局、預金債権の帰属を決するに当たり、出捐者が誰であつたかは判断要素にはならなかつたのである。

五 本件預金債権と代理店の責任財産

五―一 本判決の射程

本件は、損害保険会社が預金者であるかどうかという請求原因レベルの認定判断が問題となつていた事案であり、本件

損害保険料保管専用口座とその利害調整（岸本）

預金口座の預入れ金融機関による相殺の抗弁が認められるかどうかという別個の問題については本判決の触れるところではない。⁽¹⁹⁾ 本件預金債権につき代理店の一般債権者からの差押えがあつた場合に、損害保険会社は第三者異義の訴えにより当該強制執行の不許を求めることができるか、あるいは、代理店が破産した場合に、本件預金債権につき損害保険会社に取戻権を認めるかという問題、つまり、本件預金債権が代理店の一般責任財産を構成するかという問題については、本判決の射程範囲ではなかつたものと考えられる。

五―二 本件預金を保険会社へ帰属させる法理

本件預金債権を、その帰属者として認定された代理店の一般責任財産と捉えてよいかという問題について、本来（利益衡量すれば）保険会社に帰属すべき保険料を原資とした預金なのだから、それを是とすることは違和感を拭い切れないだからこそ、本判決が多くの関心を集めているということは既述した。そこで、本件預金債権が代理店に属さない、したがって、代理店の一般責任財産には属さないという理論構成が試みられている。

五―二―一 預入れ行為の代理構成

本判決の法廷意見では明確に否定されたところであるが、

預入れ行為の代理構成につき検証してみたい。

そこでまず、福田反対意見をみてみよう。これは、預入れ行為の代理構成を肯定するものである。すなわち、損害保険代理店が、損害保険会社との損害保険代理店委託契約において商法第一編第七章の代理商であり、同委託契約には、保険会社を代理して金融機関と預金契約を締結する権限を授与することが含まれていると解するべきである。なぜなら、本件預金名義には「代理店」の文字が含まれているからであるとしている。

思うに、法人損害保険代理店の固有名称は、兼業の場合は「〇〇建設工業㈱」のように損害保険代理店である旨を想起させないものであるし、専業の場合も「〇〇保険事務所」のように「代理店」の文字が固有名称に含まれることはあまりないであろう。本件においては、預金名義を「●●火災海上保険㈱代理店〇〇建設工業㈱甲野太郎」としていたのだから、本業たる「〇〇建設工業㈱」としてではなく、保険代理店としての預入れ行為であったことは明白である（ゆえに、福田反対意見は、本件預入れが代理行為であったと解すると思われる）。ただ、代理店としてのすべての行為が、保険会社の代理人としての行為であると対世的に主張できるかについては疑問である。蓋し、代理店としての行為の効果につき保険会社がそのすべてを取得するわけではなく、代理店自身に帰

することもあると思料する。たとえば、都道府県損害保険代理業協会への入会行為などはそうであろう。その際に、名称として「代理店」の文字を使用すれば、保険会社がその入会の効果を取得するなどということはない。名称に「代理店」の文字が含まれるということをもって代理権が存在するとは評価できない。本件預金開設において代理権の授権を主張するのであれば、「代理人」と表記すべきであつたといえよう。⁽²⁰⁾⁽²¹⁾

五——二——預金債権の譲渡請求権

債権的請求権が取戻権の基礎となり得ることを前提とし、保険会社は代理店に対して預金債権の譲渡請求権を有すから、これが取戻権の基礎になるという見解がある。⁽²²⁾

これについては、銀行実務では預金約款中で預金債権に譲渡禁止特約が付されるのが通常であり、しかも、そのことは広く周知されている事実であるから、「預金債権の譲渡をなす債務——預金債権の譲渡を求める権利——を発生させる意思が委任契約当事者にある、と解することには疑問を感じずにはいられない」とする批判がある。⁽²³⁾

また、債権的請求権が取戻権の基礎となるのは、目的物が破産者に帰属しないことを前提としているわけで、この構成は、取戻権の基礎が債権それ自体となっている点を看過してしまっている。それが通るのであるなら、不動産の売買が行

なわれ、買主が売主に対し、所有権移転請求権を有しているというだけでも取戻権行使が可能になってしまいかねない⁽²⁴⁾との批判もある。

右の批判は、いずれも妥当であろう。

五―三 預金者確定の法理と責任財産性の切斷構成

如上で掲げた見解は、預金債権が代理店ではなく保険会社に帰属するという帰結を導こうとする理論構成であるが、本判決に従えば、本件預金債権は代理店に帰属するとされた。

そこで、それでも本件預金は代理店の一般責任財産は構成しないとの理論構成が求められるところである⁽²⁵⁾。

なお、その理論構成につき検討されるべき法理として信託構成がある。私見は、本件につき簡易の引渡しを觀念することと財産権の移転（信託讓渡）という信託成立の要件を満たすものと考えるが、それに関しては次節にて詳述する。

五―三―一 問屋の法理

五―三―一―一 最一小判昭四三・七・一一

右で求められる理論構成につき最も参考となり馴染むのが、いわゆる「問屋の法理」（最一小判昭四三・七・一一民集二二巻七号一三―三頁）である。これは、問屋の破産において委託者の取戻権を肯定した最初の判決例であり、次のように

判示している。

「問屋が委託の実行として売買をした場合に、右売買によりその相手方に対して権利を取得するものは、問屋であつて委託者ではない。しかし、その権利は委託者の計算において取得されたもので、これにつき実質的利益を有する者は委託者であり、かつ、問屋は、その性質上、自己の名においてではあるが、他人のために物品の販売または買入をなすを業とするものであることにかんがみれば、問屋の債権者は問屋が委託の実行としてした売買により取得した権利についてまでも自己の債権の一般的担保として期待すべきではないといわなければならぬ。されば、問屋が前記権利を取得した後これを委託者に移転しない間に破産した場合においては、委託者は右権利につき取戻権を行使しうるものと解するのが相当である」。

この法理を推及すれば、本件預金債権につき代理店の債権者は自己の債権の一般的担保として期待すべきではないと帰結し得る。だが、右判決については、「実質的利益」という概念を持ち出しているが、単なる利益は実体法上の権利ではないから取戻権の基礎とはならないにもかかわらず、利益衡量のみがむき出しの形で前面にあらわれて、それを法律的に理由づけるための理論構成が全く欠如しているといわざるをえないとの厳しい批判に晒されているところであるが、なお⁽²⁶⁾

も本件に直ちに類推適用できるかを検証してみる。

右判決が問屋の破産において右のような結論を出すことに
ついて実質的根拠となつてゐるのは、委託者がすでに買入代
金を問屋に支払つてゐるという点であり、代金支払がなされ
てゐない場合には、取戻権を認める必要がないということに
ついて異論はみとめられない。⁽²⁷⁾ 買入代金に相当するのが、本
件の場合には、保険責任の引受けである。翻つて、この最高
裁昭和四三年判決が取戻権の対象とした目的物は有価証券で
あつたが、本件での目的物は保険料という貨幣ないしはその
変容物である預金債権であつた。問屋の法理を本件に類推適
用するならば、(委託者の立場に該当する) 保険会社が、(買
入代金を支払つたことに該当する) 保険責任の引受けを行つた
場合、その目的物たる(有価証券に該当する) 保険料ないし
はその変容物である預金債権につき取戻権を行使し得るかとい
うことになる。

五―三―一―二 取戻権の目的物

そこで、最高裁平成一五年本判決事案の、取戻権の目的物
につき確認しておこう。収受した保険料という貨幣なのか、
あるいは代理店破産時の現状有姿としての預金債権なのかとい
うことである。確かに、本件係争財産は預金債権であり、
保険料という貨幣ではない。だが、問屋の法理は、「問屋が

委託の実行として行つた売買により取得した(問屋の) 権利
につき委託者が取戻権を行使できる」としたものである。代
理店が損害保険代理店委託契約の実行として収受したのは保
険料であり、金銭ドグラにより代理店がその権利(所有権)
を取得するが、その代理店の所有権につき保険会社は取戻権
を行使できるということとならう。その貨幣が預金債権に変
容したにすぎない。さすれば、代理店破産宣告時に代理店が
支配している現有財団を構成する財産につき、代理店が収受
した保険料をいまだ保険会社に送金もせず預金もせず貨幣と
して保管している場合であっても、保険料を預金し預金債権
として保管してゐた場合であっても、いずれであつても取戻
権行使の目的物となり得ることとならう。⁽²⁸⁾

さて、最高裁昭和四三年判決においては、その目的物が有
価証券であつて、貨幣とかその変容物たる預金債権とかとい
う金銭ではなかつた。そこで、最高裁昭和四三年判決が、買
い委託ではなく売り委託であつたと仮定してみる。すなわち、
次のごとくである。

委託者は、有価証券を問屋に交付し、問屋はそれを売却し、
取引相手から売却代金の交付を受けた。まず、問屋がその時
点で破産宣告を受けた場合。次に、問屋は、その代金を専用
口座に入金したが、委託者に支払う前に破産宣告を受けた場
合と、二つに分けて考えてみたい。まず、前者についてだが、

問屋の受領した売却代金は貨幣だから、金銭ドグマによりその所有権は問屋に帰属する。しかし、その実質的利益を有する者は委託者であるから、委託者は売却代金たる貨幣につき取戻権を行使し得る。次に、後者の預金債権についても売却代金との特定性の連続が認められるならば、同様に実質的利益を有するのは委託者であるから、当該預金債権につき取戻権を行使し得ると帰結され得る。

ここで、窃取金・騙取金の場合を想起されたい。窃取金・騙取金の実質的利益を有するのは、被害者であることは言うを俟たない。然るに、その場合、被害者は金銭ドグマにより犯人に対して不当利得の返還請求権という債権的請求権しか有さないとされている。実質的利益の観点では、問屋の場合の委託者より保護されて然るべきである窃取・騙取の被害者が物権的救済を受けられないにもかかわらず、委託者が物権的救済を受けられるとするのは、極めてアンバランスである。そのことから、他人の権利を基礎として取戻権を行使し得るものではないといえるであろう。だが、その具体的要件については不明である。

五―三―一―三 目的物の特定性

最高裁昭和四三年判決が、窃取金・騙取金の場合とやや状

損害保険料保管専用口座とその利害調整(岸本)

況を異にするところは、目的物の特定性である。窃取金・騙取金の場合には通常、封緘されていた貨幣がその原状のまま犯人に占有されていたというような特段の事情がないかぎり、犯人の占有する貨幣のうち、どれが当該窃取金・騙取金なのかを判別することは不可能である。まさしく、金銭ドグマの説くところである。だが、この判決の事例では、目的物は種類物たる有価証券であったが、たまたまその有価証券が株券番号によって具体的に特定されていたのである。最高裁がそのことを要件としたのか否かは、判旨からは判然としない。また、最高裁は特定性を要件として要求したのだとしても、株券上における委託者への裏書がなされていたとの事情は認定事実からは窺われないし、株主名簿上の株主は問屋であつたから、公示はなされていなかったわけであり、どの程度の特定性が必要であるかについても、同様に明らかではない。

なお、実質的利益以外に実体法上の取戻権の基礎を補強する理論として、先行的占有改定の合意を推定するという見解がある。すなわち、問屋と委託者の間に買入物品について所有権移転と占有改定の合意があらかじめなされていると構成し、委託者に目的物の所有権があるとし、委託者はそれを基礎として取戻権を行使できると導くものである。³¹だが、最高裁昭和四三年判決は、破産者の権利を目的物として取戻権を行使し得るとしているので、判決は占有改定の有無を問題と

はしない。⁽³²⁾また、取戻権行使の目的物が買入物品ではなく売却代金の場合、それが貨幣であるゆえに、占有改定の概念を持ち込むこともできない。

五―三―一―四 本件預金債権へのあてはめ

さて、ここで、最高裁平成一五年本判決の預金債権が、問屋の法理を適用するにあたっての要件とされると考えられる特定性を有しているかについて、検討してみる。

代理店の本件收受保険料の管理方法について本判決は、確かに「特段の事情」とは認めなかった。だが、本件について最高裁は、代理店の收受した保険料と本件預金債権との因果関係をそもそも問題としなかったのである。つまり、特定性につき検討の余地がなかったのである。

問屋の法理が要件として考えられる「特定性」の程度であるが、代理店の本件管理方法で是とするか否かは不明である。代理店の管理方法が、問屋の法理の要件を充たし得るとすれば、本件にこの法理を適用して保険会社は取戻権を行使し得るかもしれない。蓋し、問屋の法理が明示的に要件としている実質的利益が保険会社に帰属していることは明らかである。ここで要件と考えられる特定性の程度については、後に論ずることとする。

なお、問屋の法理が本件預金債権に類推適用できるかにつ

いて、特定性以外の観点からも検討する必要がある。問屋の場合は、委託者の実質的利益とされたものは有価証券であるが、これはただ単に委託者に引き渡されれば全てが完了するはずのものであった。委託者は、当該有価証券につき無条件に支配権を有することとなっていたのである。然るに、本件預金債権の場合、それが無条件に保険会社の支配に服するものとはなっていなかった。代理店の收受した保険料が本件預金債権に化体した後も、その預金につき引き続き代理店が支配・管理することになっていたのである。このように、右の有価証券とは、実質的利益の性質に異同があるゆえに、本件預金債権には問屋の法理を単純に適用することは困難であるといえるであらう。

五―三―二 公法上の義務

本件預金債権が、代理店の財産に属さず、したがって破産財団を構成する財産ではないとはいえないことを前提として、それでは代理店の破産管財人は、本件預金債権についていかなる形で管理処分をすることが可能であり、また、保険会社は、それにつきいかなる権利を主張できるかについて、破産管財人の公法上の義務の観点から説明を試みる見解がある。すなわち、保管保険料に関する代理店の管理処分権を制限するものとして、募取規則六条の「上記預貯金は、会社に送金

する場合、契約者に保険料を払い戻す場合、代理店手数料等にあてる場合、利息を払い戻す場合、その他所属保険会社の指示による場合のほかには使用できない」という規定である。この見解によれば、次のとおりである。³³⁾

差押債権者の地位をもつ破産管財人は、破産者が第三者に對して負担する義務に当然に拘束されるものではない。しかし、その義務が公法上のものである場合は別である。募取法およびそれを前提とする募取規則に定められる義務が公法上のものであることについては異論がないと思われる。そして、公法上の義務については、たとえ差押債権者の地位をもつ破産管財人であろうとも、それを免れることはできない。したがって、管財人は、公法としての募取規則上の義務に拘束され、破産財団帰属財産であるが、本件預金債権を自由に管理処分することはできず、それについては保険会社の指示にしたがって管理することを要する。破産管財人は、公法上の義務にしたがって、本件預金債権を管理し、保険料を保険会社に送金するなどの事務処理を行ない、その際に代理店手数料相当分を破産財団に組み込むことになる。³⁴⁾

この見解については、募取法が廃止となった現在では実効性がない。また、代理店の破産管財人や一般債権者ではなく、本件預金の預入れ金融機関からの相殺に対抗できるかは別異であろう。金融機関の相殺期待については後述する。

六 信託構成の可否

六―一 緒論

最高裁判平成一五年本判決に関する評釈が次のように言っている。

すなわち、預入れ金融機関による相殺が認められるかという問題については、本判決の触れるところではない。この点については、預金債権は代理店に帰属するとしつつも、信託等別個の法理により保険会社の利益を保護すべきであるとすると説があるが、その当否は将来に残された問題であるとされる。³⁵⁾

本件預金債権は代理店に帰属するが、代理店の一般責任財産を構成しないという帰結を導く理論構成は、信託法理（信託財産の独立性）³⁶⁾と軌を一にするものである。よって、本件においては、信託の存在の推定が可能か否かの議論が活発に行なわれているところである。³⁷⁾

なお、信託の成立要件、すなわち信託法理適用のメルクマールは、信託法一条所定の、①財産権の委託者から受託者への移転、②一定の目的に従った信託財産の管理・処分、であり、さらに第三のメルクマールとして、道垣内弘人教授により分別管理義務の存在が指摘されている。³⁸⁾

私見は、本件は信託構成を採り得るものとするが、まず従

前の議論を以下で整理し、その後に所見を述べることにする。

六―二 自益信託構成

六―二―一 財産権の移転

自益信託構成については、二種類の構成が議論されている。まず、保険会社を委託者兼受益者、保険代理店を受託者、保険料を当初信託財産とする構成である。

これについては、「当初は保険会社に帰属していた資金(財産権)が、代理店に移転した」という意味での財産権の移転が認められないことが、信託の成立を肯定するにあたつての障害であるとされている。信託宣言を認めない我が国の支配的な信託法学説に依拠する限り、本件を信託構成に載せるためには、代理店が授受した保険料(所有権)が預金口座への入金前に保険会社⁽³⁸⁾に帰属したということを説明する必要がある。本判決法廷意見は、この点につき保険料が保険会社に帰属するのは代理店による払戻し後に保険会社へと送金された時であるとして、預金口座への入金前に保険料が保険会社⁽⁴⁰⁾に帰属することを否定した。そのために、保険会社から代理店への「信託財産の移転」を観念することができないと批判されている。

次に、保険会社を委託者兼受益者、代理店を受託者、保険料債権(保険契約者に対する保険料請求権)を当初信託財産

とする構成である。これは、如上における「財産権の移転」が観念できないという批判をクリアしようとする構成と思われる。

これについての批判として、損害保険代理店委託契約との競合があげられている。すなわち、代理店委託契約によれば、代理店は、保険料の受領を、保険会社を代理して行なうこととなっているが、この構成であれば、保険料債権の信託譲渡を受けた受託者たる代理店は、あくまで保険料債権が自らに帰属することを前提に保険料を受領することになり、両者は両立しないのである。前述した信託の成立要件①につき、代理契約による受領の後にはこれを充たし得ない(代理による受領の前なら充たし得るが、逆に代理契約そのものが履行不能となる)ということである。

さらにこの構成に対する批判としては、保険業法九七条二項所定の固有業務に抵触するおそれがあげられている。保険料の運用取引種別が法定されているわけだから、保険料請求権を構造的かつ継続的の形で譲渡して対価を得るという構成は、それに抵触するといふのである。⁽⁴²⁾

六―二―二 業法との関連

最一小判平一四・一・一七(民集五六卷一号二〇頁)は、公共工事前払金保証制度に関する事案で、最高裁はこれに信

託法理を認めている。また、最一小判平一五・六・一二（民集五七卷六号五六三頁）は、弁護士への依頼人からの預り金を別口預金口座で保管している場合の当該預金の帰属先が争われた事案だが、深澤武久裁判官・島田仁郎裁判官の補足意見が、これを信託契約の締結と解する余地もあると述べている。前者においては、公共工事の前払金保証事業に関する法律に基づき、受託者と認定された請負業者が信託財産たる預金を勝手に引き出せない、すなわち、預入れ銀行が、受託者の引き出し行為が正当である旨のチェックをしてそれを諒解しないと、引き出すことができないこととなっていた。翻って、本件では、募取法による分別管理義務があったものの、右公共工事事案のように銀行が必要資金かどうかを確認してから出金を認めるという規定にはなっていなかった。弁護士の預り金も然りで、弁護士会の会則で分別管理を義務づけられているが、いずれも単なる義務づけであり、罰則を受けるかもしれないが出金は可能である。したがって、本件や弁護士の預り金事案については、公共工事事案とは状況を異にするという指摘がある⁴³。

さらには、代理店を受託者とする信託構成を適用すれば、信託業法違反になるという批判がある⁴⁴。報酬を取り、反復継続して行なわれれば、それは信託業法の規制に服することとなり、代理店は信託免許を取得していなければならないとい

うのである⁴⁵。この場合、何が信託報酬に該当するかについては、それは、代理店手数料相当分および本件預金の利息であるとされている。

この批判に対しては、本件のごときは、明示信託ではなく推定的信託であって、代理店が破綻したときの救済として信託法理を用いるわけだから、民事信託ということで業法の適用はないという見解がある⁴⁶。また、信託業法で念頭に置かれている信託業は、投資により財産の運用を行なうものであり、本件のような受託金口座は、決してその預かったお金をもとに運用して増やしていこうという性質の預り金ではなくて、単純に真の意味で預かっただけのお金であって、こうした信託は信託業法が想定しているものとは違うとの見解もある⁴⁸。

六―三 他益信託構成

保険契約者を委託者、代理店を受託者、保険会社を受益者、保険料を当初信託財産とする構成である。

この構成は、如上の自益信託構成で保険料を当初信託財産とするタイプにおいて問題となった要件①をクリアしようとするものと思われる。だが、これに対しては、信託目的と管理の実態に齟齬があるとの批判がある。すなわち、次のごとくである。

保険料が当初信託財産であるのなら、本件預金債権は当初

信託財産たる保険料から変容した信託財産である。その信託財産たる当該口座にある資金につき受託者たる代理店が、保険会社による集計作業によって定まる保険会社あての送金、同じく代理店への手数料、契約者への解約返戻金等に充てることが予定されており、これが信託事務となる。然るに、委託者たる保険契約者は、単に自分が負担する保険料の取立てに応じただけであり、このような管理を委任しているわけではない。前述した信託の成立要件①は充たしたものの、要件②に関して、委託者たる保険契約者が関知していないという批判である。

六―四 所見

私見によれば、本件は、如上の自益信託で保険料を当初信託財産とするタイプの構成を採ることが可能である。ただし、私見では、受益者たる保険会社は、収益受益権の全部および元本受益権の一部を、信託成立後即座に受託者たる代理店に譲渡することになっているものとする。全体の構成は次のとおりである。

まず、損害保険代理店委託契約に基づき、代理店は保険料収受につき代理権を保険会社から付与される。代理店が保険会社の代理人として保険契約者から保険料を収受した時点で、本人がその効果を取得する反射として保険会社に保険契約者

に対する保険責任が発生する。なお、代理店が収受した保険料の所有権については、本人たる保険会社がその効果を取得するはずである。だが、収受した保険料は金銭ゆえにその所有権が代理店に帰属する。保険会社は代理店に対し、それにつき債権的請求権を有するに留まる。以上は、委任代理契約である。

さらに、損害保険代理店委託契約は、上述の委任代理契約と信託契約の混合契約であると解して、代理店は、上述代理事務とは別途、受託者として信託事務を行なうこととなる。

すなわち、代理店の占有する保険料たる金銭を、保険会社が代理店に信託し、代理店は、一定の目的に従ってそれを管理するのである。一定の目的とは、まず、専用預金口座に保険料を入金し、同口座に他の金銭が混合しないように分別管理を行なう。そして、委託者たる保険会社の指図にしたがって、同預金口座より送金ないしは出金手続を行なう。また、解約返戻金等、保険契約者に対する返金事務も受託者たる代理店が同預金口座を通じて行ない、委託者たる保険会社に報告する。保険会社は、報告された当該事項を計算要素に入れて右の指図をする。指図内容は、元本受益権のうち、代理店手数料相当分（この算式ないし算出方法については委託者・受託者間で合意済みであり、いずれの裁量に基づくものではない）を一部受益者たる代理店に、残りを一部受益者たる保険会社

に配当するものである。なお、代理店の受け取る代理店手数料相当分の信託配当は、上述の委任代理につき代理店が受け取るべき手数料と等価であると評価され得る。代理店は、委任代理手数料につき、それと等価である右元本受益権の一部の譲受にて満足する。さらに、委託者への送金事務の手数料として、保険会社から収益受益権を譲り受ける。結果として、受託者たる代理人は、信託報酬としての手数料を受取ることはないのである。

さてここで、この構成の最大の障害とされる「財産権の移転」の有無につき論じたい。

信託譲渡される保険料については、確かに受託する前には代理店にその所有権が帰属しており、委託者たる保険会社から受託者たる代理店への所有権の移転が外観上見受けられない。だが、代理人としての代理店は、当該保険料につき保険会社へ返還する債務があることを想起されたい。代理人としての代理店がその債務に基づいていったん本人たる保険会社に保険料を引き渡し、あらためて委託者としての保険会社がそれを受託者としての代理店に信託譲渡するならば、前述の信託の成立要件①である財産権の移転は認められることとなる。だが、そのように、いたずらに取引関係を複雑にして不便をきたすことを回避するために、観念的な引渡制度が準備されているのである。すなわち、右の観念的な流れ（代理

人たる代理店→保険会社→受託者たる代理店）を簡易の引渡と評価すればよい。さすれば、財産権の移転を認めることができるのである。これが認められないとなれば、次のような不都合が生じる。現行の信託銀行は銀行業務も行なっているところだが、A信託銀行が顧客Bから手形の取立を依頼されたとき、Bが、その取立代金をそのまま、自己を委託者兼受益者、Aを受託者とする金銭信託を設定したいとしたなら、どうなるのであろうか。その取り立てた代金は金銭だから同額の金銭所有権は、AがBに引渡すまでAに帰属することとなる。さすれば、Bは当該資金につきいったんAから引渡を受け、あらためてAに交付しなければ、金銭信託をなし得ないこととなるのであろうか。そのような煩瑣なことをしなくとも、Bは、当然に金銭信託をなし得るわけであり、それは如上の簡易の引渡を観念することにより可能となるのである。なお、本件において簡易の引渡が観念される時期は、代理人としての代理店が保険契約者から保険料を受受した刹那と考えるべきである。

以上のように、損害保険代理店委託契約は、委任代理契約と信託契約の混合契約であり、代理店は代理人と信託受託者の二つのプロファイルを有すると解すればよいのである。当初信託財産たる保険料という金銭は、信託法二八条についての通説的見解にしたがって分別管理（専用金庫ないし集金袋

での保管)される。専用預金口座の預金債権は代理店に帰属するが、信託財産であるから、受託者たる代理店の破産時にも代理店の責任財産を構成しないこととなる。

次に、本件が、公共工事の事例と異なり、受託者が管理方法規定に違背して目的外出金をするのが可能であるとの指摘につき考察する。この批判は、受託者の行為、つまり信託事務の処理につきそれを拘束する第三者が存在しなければ信託ではないとしているようである。だが、そもそもそのような第三者が存在しなければ信託が成立しないのだとすれば、ほとんどの現状の信託行為は、その信託を否定されてしまうこととなる。右の批判は、受託者に裁量があれば信託ではないと言うに等しい。ましてや、(罰則を受けるかもしれないが)受託者に敢えて違法行為を為すことを可能ならしめる支配性があるゆえに信託を否定するというのは、全く不当であると言わざるを得ない。受託者が信託財産を支配しているのが信託である。

さて、私見の構成においては、受託者たる代理店は信託報酬を受け取らないが、収益受益権の取得について、これは、受益権に形を変えただけの実質的な信託報酬であるとの批判も想定され得る。しかし、最終的に代理店が受け取る総収益額については、本件に信託構成を適用させなかった場合と右信託構成とで異同はない。代理店としての労働対価と代理店

が譲り受けた受益権は、等価である。つまり、信託構成を適用したからといって、あらたに信託報酬としての手数料は発生しているわけではないのである。また、この信託事務の内容についても、信託構成は採るものの、損害保険代理店としての本質的業務であり、代理店は信託業務として行なっているものではない。その中に信託法理が存在するからといって直ちに信託業法の規制に服することとはならないであろう。そもそも、信託業法に違反するから本件に信託法理を適用できないと評価することは本末転倒であるといえよう。

なお、第一六一回臨時国会にて成立した改正信託業法は、その第七条で、管理型信託(委託者又は委託者から指図の権限の委託を受けた者のみの指図により信託財産の管理又は処分が行われる信託。あるいは、信託財産につき保存行為又は財産の性質を変えない範囲内の利用行為若しくは改良行為のみが行なわれる信託)については、免許を受けた信託会社でなくとも、金融庁長官の登録を受ければ、それを業として行なうことができる旨を定めている。改正信託業法によれば、代理店が管理型信託業者として登録を受けておくということも考え得る。だが、同法が施行された現在であつても、本件においては、上記の理由で、代理店は登録なくしても信託業法違反を問われることはないと思料する。

六―五 預入れ金融機関の相殺期待

本件事案においては、本件預金口座の預入れ金融機関の代理店への与信との相殺が認められるかについては、本判決の触れるところではない。だが、この金融機関Yが保険会社を相手に本件預金債権の帰属先が代理店であるとして争ったのだから、Yとしては相殺を主張することとなろう。

本件の信託構成を認めることが可能であるなら、信託財産たる本件預金債権は、原則として信託法一七条により受託者の債務との相殺が禁止される。これは、受託者が信託財産に属する債権の債権者であり、同時に受託者個人が同一人に対する債務者となっている場合、前者の債権者と後者の債務者は、ともに形式上は同一人物たる受託者であるが、実質的には両債権の当事者は異なっているものとして捉えられるべきことになるからとされる。⁽⁵¹⁾つまり、信託財産を引当として考える受託者の相殺期待は保護されるべきものではないということであろう。逆に、信託財産に属する債権の債務者からみればどうであろうか。この債務者が、当該債務が信託財産に属する債権の債務であることを認識せずかつその債務を引当にできることを期待して受託者個人に与信した場合、その引当にと期待していた債務が信託財産に属するものだったからといって、その相殺期待を否定することはその債務者に酷に過ぎるといえよう。取引の安全を顧慮すれば、信託法一七条

の規定は、あくまでも受託者の相殺期待を封じるものであって、善意の相手方の相殺期待には適用されないものと理解すべきであろう。

本件において、相手方たる預入れ金融機関の悪意を認めることは困難であろうから、信託構成を採っても、預入れ金融機関からの相殺の抗弁には対抗し得ないものと考えられる。

なお、公共工事の場合は、金融機関も当該預金の性質、すなわち、それが（推定信託の受託者たる）請負業者に属するものではないことを熟知しているのだから、相手方たる金融機関側からも相殺することができないのは当然であろう。⁽⁵²⁾

七 特定性について

七―一 客観説における特定性

標記に関して、次の二例で考えてみたい。

まず、出捐者Aが（自己の預金とする意思をもって）使用人Bに金銭（紙幣番号【P11P10】であつたとしよう。ただし、当事者は誰もこの番号を認識してはいない）を交付して、C銀行に定期預金をさせた場合。当該金銭の占有は、まずAからBに移転する。しかしその所有権は、特段の事情によつてAに留まる。Bは自己を含むA以外の他人の所有に帰する金銭を所持していないからである。この場合、Bの占有

する金銭は特定性を保持している（紙幣番号「 $P_1 \sim P_{10}$ 」）。Bがその金銭（紙幣番号「 $P_1 \sim P_{10}$ 」）をCに交付した時点で、Bの占有はCに移転し、その所有権もAからCに移転する。同時にCは、預金債務を負い、Aがその預金債権を獲得する。

次に、右例で、媒介者が使用人Bではなく代理人B'であった場合。まず、当該金銭（紙幣番号「 $Q_1 \sim Q_{10}$ 」）。同様に、AおよびB'はこの番号を認識してはいない）の占有はAからB'に移転し、その所有権もB'に移転する。B'はそれを自己の所有に帰する他の金銭と混合してもよい。⁽³³⁾ B'がCにその金銭と同額（紙幣番号「 $R_1 \sim R_{10}$ 」）。同様に、B'およびCはこの番号を認識してはいない）を交付した時点で、同額金銭の占有がB'からCに移転し、同額金銭の所有権がB'からCに移転する。B'がAより交付を受けた金銭（紙幣番号「 $Q_1 \sim Q_{10}$ 」）についての占有および所有権は、B'が引き続き保持しているかもしれないし、すでに費消しているかもしれない。あるいは、偶々「 $Q_1 \sim Q_{10}$ 」が「 $R_1 \sim R_{10}$ 」と同一の有体物だったかもしれない。が、いずれにしてもその真相は誰にもわからないと評価される。B'がCへ同額金銭（紙幣番号「 $R_1 \sim R_{10}$ 」）を交付したと同時に、Cは、預金債務を負い、Aがその預金債権を（代理の効果として）獲得する。

如上の両者の相違は、①使用人はAから交付を受けた貨幣

の所有権を取得しないが、代理人は取得する、②使用人の場合は、AからBの占有を経由してCに渡った紙幣が（他の金銭と混合されていないことが明白なので）同一であるが、代理人の場合は、AがB'に交付した金銭とB'からCに渡った金銭が同一とは限らない（むしろ、同一であるとの証明が不能であるといえる）、ということである。

使用人の場合、Aの出捐した金銭は預金債権に化体するまで、物としての特定性が連続していることが明らかである。

Bの一般債権者は、Bの占有するその金銭の所有権がAに帰属するために、それにつき差押えをすることはできない。そこで、代理人の場合の、特定性の連続につき検討してみよう。

B'からCに交付された金銭は、AがB'に交付した特定の紙幣とは異なる紙幣であった（少なくとも、同一であるとは証明し得ない）。すなわち、B'がCに交付した紙幣そのものは、もとよりB'のものであったと考えられる。すると、B'の金銭による預入れなのだから、その預金債権はB'に帰属するとはならないのであろうか。換言すれば、預入れ後にB'が破産宣告を受けた場合、B'の破産管財人は当該預金を差押えられることとならないうかという問題が浮上するのである。

Cに交付された紙幣については、それがB'の金銭であろがなからうが、Cに交付された時点でCにその所有権が移転している。したがって、B'の破産管財人は、その紙幣に対し

て差押えをすることは当然ながらできない（そもそもCの手許にある紙幣のうちどれがそれに該当するかは、既に判別不能である）。B'の紙幣がCに占有移転したこと並びに所有権移転したことから引き換えに発生した預金債権が誰に帰属するか、すなわち、その帰属者がAなのかB'なのかが問題なのである。客観説は、それをA、つまり出捐者に帰属するものとしている。蓋し、Aの出捐した金銭とCの受領した金銭が、その額において同一であり、契約関係からその連続性が明らかである。つまり、Aの出捐金とCの受領金は、その価値と因果関係とで特定性が連続しているのである。したがって、B'の破産管財人は、その預金債権につき差押えることはできない。

なお、B'からCへの交付前にB'が破産したのであれば、破産管財人はその金額（「Q」・「Q¹⁰」かもしれないし「R」・「R¹⁰」かもしれない。あるいはいわずでもないかもしれない）につき破産財団に組み入れることができ、Aはそれにつき取戻権を行使し得ない。AがB'に交付した貨幣とB'の占有する現状有姿としての貨幣（の一部）との間で物としての特定性が失われているからである。翻って、B'が破産せずに預金をしたのなら、（如上でAが取戻権を行使し得ないとされた）B'の占有する金額の見返りで発生した預金債権までの一連について、その特定性が（価値と因果関係により）連続し

ていると評価でき、預金債権はAに帰属することになる。客観説が預金原資の所有権者が誰であるかを不問にしていることは、そのコララーである。だが、預金が始まる前にについては、預金者の認定基準であるところの客観説が適用されるはずもなく、単純に所有権法理が適用されるにすぎない。そして、両者が競合することはない。通説・判例たる金銭ドグラは、「特定性」につき物としての特定性を要求する一方で、客観説は、それにつき価値と因果関係において連続性があれば、それをもって特定性があるとしているのである。

以上を整理すれば、次の如くである。

AがB'という代理人に貨幣を交付しC銀行で自己のために定期預金をするように依頼した場合、B'がAから收受した貨幣は、Aから占有を離脱した時点で特定性を喪失する。Aが交付した貨幣とB'の占有する貨幣とは、特定性が切斷される。だが、B'が同額の貨幣をAのためにC銀行に定期預金をすれば、AがB'に交付した貨幣の特定性と、B'がCに同額の貨幣を交付した見返りとして得る預金債権のそれとが、あらためて（同額であることと因果関係とから）連結されることとなる。いったん切斷された特定性が再び結合することとなるのである。A・B'の二者間における財産権は、B'が定期預金をする前は、貨幣という物であった。それが、B'が預金をした後では、C銀行に対する預金債権となったわけである。前者、

つまり物に關しての權原は物權であり、後者、つまり預金に關してのそれは金錢債權（の帰屬）である。物權と金錢債權とで要件とされる特定性の概念については当然ながら如上の差異があり、そのことが、右で述べた「特定性の再結合」を生起せしめるわけである。

客觀説は、普通預金には馴染まないという見解が有力に説かれているところであるが、最高裁判成一年本判決は、本件普通預金につき客觀説の適用を否定したものといえるであろう。本判決において、本件普通預金の開設および管理につき代理店が外觀上代理權を付与されていたなら、異なる結果となつていたと考えられる。また、代理店が保險会社のため定期預金をしていたなら、同様に異なる結果も想定され得る。だが、定期預金の場合でも、その満期返戻金および利息につき保險会社が支配することになつてゐることが前提である。定期預金であつても、代理店が満期返戻金及び利息を占有・支配し、それを損害保險代理店委託事務の處理に用いることとなつてゐるのであれば、保險会社の、自己の預金とする意思を否定されることとならう。右最高裁判決は本件預金債權につき、それが普通預金であり、かつその管理につき外觀上代理權を付与されていない代理店の支配下にあるゆゑに客觀説を適用せず、普通預金での本件保管方法を代理店が貨幣で保管している状況、すなわち、前述した特定性の再結合

が認められる前の状況と同視してゐると考えられるのである。⁵⁵⁾

七—二 金錢ドグマにおける特定性

貨幣の占有者がその所有權者ではないと認めるべき特殊な事情（特段の事情）が存在する場合には、金錢ドグマ適用の例外となることは既述した。その典型は、封金であるとされる。ただ、金錢消費貸借契約において、貸出人が封緘した現金にて借入人に支弁し、借入人がそれをいまだ開封せずに保管している場合に、その現金が封金ゆゑに貸出人の所有に帰するとは考えられないことは当然であらう（借入人が封金のまま貸出人の面前で確認もせずに借入の決済を完了させることは想定し難いことだが）。貸出人にとっては封金により特定はなされているその現金がその後、誰の所有に帰そうが關係ないからである。⁵⁶⁾封金という状況が特段の事情に該当するかどうかを評価すべきか否かは、あくまでも原占有者と新占有者との法律關係によつて定まるのである。

その法律關係が、新占有者が家事上の被用者で原占有者がある主人であつて、主人が被用者にそれを第三者に交付するよう依頼したというような關係においては、封金でなくとも特段の事情となり得る。被用者が主人より受領した貨幣の所有權は、被用者の占有下にある限りいまだ主人に帰する。窃

盜の犯人と被害者の関係であれば、犯人が窃取した現金が封緘されており、犯人がいまだ開封せず原状のまま所持していた場合、その所有権は原占有者である被害者に留まっていることとなる。

さて、代理人が委託を受けた貨幣の場合である。代理人はその貨幣につき管理をなす、すなわち本人や第三者に交付したり、さらには第三者への交付後に法定果実等を收受したりすることとなっているであろう。その際、代理人は、本人より受領した貨幣そのものを本人や第三者に交付する必要はない。同額であるのなら、自己の別途占有していた金銭を第三者に交付しても構わないのである。さすれば、本人が代理人に交付した金銭が封金であろうが、裸の金銭であろうが、特定性とはより問題とはならないのである。七―一に掲げた、出捐者Aが自己の預金とする意思をもって代理人Bに金銭を交付して、C銀行に定期預金をさせた例で考えたい。この場合、A・B二者間の関係において、この契約によってAからBに占有移転された貨幣は、特定性を喪失する。この契約においては、Bの管理方法は問われないし、いかなる管理方法をもってしても、特定性は喪失するのである。したがって、Aは、その貨幣につき物権的返還請求権を有さない。もちろん、Bの占有する他の金銭との共有を觀念してその持分権を有するというものもない。この契約の下におけるAの権利に

かかる責任財産について、BがCに預金する前であればそれはBの一般責任財産であり、預金した後はCの一般責任財産なのである。Cがその金銭債務に基づいて債務履行を行なうにあたって必要とされる特定性は、物の物理的特定ではなく権利の主体の特定であるというまでもないが、それは、因果関係によるものとなる。このことが、七―一にて既述した「特定性の再結合」の觀念を可能ならしめるのである。

最高裁判平成一五年本判決が、代理店が收受保険料につき専用金庫や集金袋で保管していたことを特段の事情とは認めなかったのは、その管理の方法や程度において認め得るものではないとしたのではなく、代理人たる代理店が本人たる保険会社のために占有・管理する貨幣に関しては、既述したとおりそもそも特段の事情を認めて保険会社とその所有権を帰せしめる余地がない契約であつたとしていると考えられるのである。

さらなる問題として、現金の、いわゆる保管のみを委託された場合どうか。これは、代理契約ではなく寄託契約であるが、その契約内容によることとなる。現金の寄託については、通常は消費寄託とみなされる。したがって、その寄託金の所有権は、新占有者たる受寄者に帰する。だが、寄託した現金をあらかじめ紙幣番号等で特定し、あるいは封金により特定し、受寄者はその原状のまま返還する義務を負っている

る場合は、それを特段の事情と認め得ることとなり、その現金の所有権が受寄者ではなく寄託者に帰属することとなる。

七―三 受任者の分別管理における特定性

最高裁判平成一五年本判決において、代理店は保険料の收受について代理権を授けられたのみで、本件預金口座の開設およびその管理についての代理権を授けられていなかったとする最高裁の事実認定を前提とし、さらにこれに信託構成を適用することを否定すれば、本件預金口座は、保険会社のための口座というよりも、代理店の管理事務につき利便性を供するためだけの口座といえる。代理店の管理方法（本件では、専用金庫や集金袋での貨幣保管および専用預金口座での保管）は、あくまでも代理店が管理する際の便宜上のものと評価され、保険会社にその権原を帰属させるためとは評価し得ない。

翻って、代理店が口座開設およびその管理につき代理権を授けられていたとしたなら、どうであろうか。本件専用預金口座の入出金事務という管理もすべて本人たる保険会社に代理して行なっていることとなり、全ての入出金の効果も本人たる保険会社が取得することとなる。その際、代理契約により代理店が管理代理権を有する金額と各入出金の発生時期につき本件預金の管理状況と同一性が認められるので、その特

定性は充足されていると考えられる。この場合の預金前の貨幣たる保険料は、専用金庫や集金袋にて保管されていたものであるが、これについて特定性が認められるであろうか。契約上、その特定された貨幣をその原状のまま、本人たる保険会社が効果を取得するところの本件預金に入金することになっている。すなわち、代理店の他に占有する金銭で代替することは許されていないのである。その契約下において、その貨幣は特定性を有するべく管理されている、少なくともも特定性を有せしめるべく企図されていると評価し得る、つまり、特段の事情に該当するものと思料する。⁵⁷⁾

本件事案につき私見のごとく信託構成を認める場合、右の代理店の管理方法により、信託財産としての独立性を認め得る特定性を保持しているといえるか。思うに、右の預金口座開設および管理の代理権が代理店に付与されているケースと同様に、本件預金債権の特定性は認め得るであろう。また、預金前の貨幣たる保険料についても、この程度の管理を遂行しているのならば、特段の事情に該当すると考える。信託財産については、その所有権等の財産権が受託者に帰属しているが、受託者の一般責任財産を構成しないのであるが、こゝと貨幣たる信託財産については、特殊な観点からの評価が必要である。金銭ドグマによらずとも、信託財産たる貨幣は受託者の所有に帰属するが、通常、その貨幣は特定性を喪失し

ている。すなわち、受託者の固有財産たる貨幣との判別が原則として不可能である。だが、信託財産たる貨幣は、そもそも代理法理の場合と異なり、受任者の固有財産たる貨幣で代替すれば、固有勘定で当該信託財産たる貨幣を費消してよいというものではない。少なくとも本件のような管理方法をとるかぎり、受託者の固有財産との判別は可能であるから、本件保険料についても、特定性は確保されていると評してよいのではないだろうか。

八 おわりに

本稿では、掲題事案に信託法理（自益信託構成）の適用が可能であり、それにより受益者たる保険会社を物権的に救済することが可能であるとの結論を導いた。⁽⁵⁸⁾ 本件にかような信託構成を採るには、本件預金債権が受託者たる保険代理店に帰属していることが前提であり、その意味では本判決の結論は正当であった。保険会社が本件預金債権の帰属のみを争ったのでこのような判決となったが、保険会社が取戻権を行使し得るかということをも争っていたなら、より深度のある判決が期待できたであろう。

本件預金債権が定期預金であって、その満期返戻金を保険会社が支配することになっていたのであれば、客観説により

それを保険会社に帰属させることは可能であったといえよう。代理店手数料は、保険会社が代理店に支払うものであって、保険契約者が代理店に支払うものではないから、収受保険料に占める代理店手数料相当分もいったんは保険会社に帰属すべきものである。だが、逆に代理店は代理店手数料につき保険会社に対する債権的請求権しか有さないこととなる。せっかく手数料の出所としての金銭をいったんは占有しながら、理論としては保険会社が破産した場合、代理店は代理店手数料を全額受け取ることができないのである。ということは、定期預金であった場合でも、救済法理としては、双方の実質的利益を物権的に保護する信託法理が客観説より比較優位にあるといえるであろう。

なお、問屋の法理については、結局、信託構成の適用が可能であったと思料する。ただ、対象となった信託財産が有価証券であり、これは、登記・登録すべき財産とされる。最高裁昭和四三年判決のケースでは、その信託公示がなされていないかつようであるから、信託法三条一項により第三者に対抗することができないはずである。したがって最高裁は、信託法理によって委託者を救済したわけではないといえよう。

最後に、金銭の管理委託に触れて小稿を閉じることとする。貨幣を管理委託のためにその占有を受任者に移転させれば、その所有権も必ず受任者に移転する。そして、受任者は、一

定の目的に従つてそれを管理・処分するわけである。だとすれば、それはもはや信託ではないだろうか。もちろん、右の要件のみで直ちに信託を認定することはできないが、さらに受任者が分別管理義務を課されていたなら、信託の推定を否定することはできないであろう。例えば、その資金で物品を購入してそれを委任者に引渡すのであれば、それは自益信託であり、その物品が当初信託財産たる金銭の変容物たる信託財産である(信託法一四条)。また、当該金銭をただ単に第三者に支弁するだけであつたとすれば、信託財産は消失するのみであり、受益者が不在のように見える。金銭を受け取る当該第三者が受益者であるとするのは無理があろう。だが、受任者の固有資産たる金銭とその金銭の混合が許されておらず、かつ、対象資産の、信託として要求される程度の特定性を維持させることになつていれば、その受任者の行為により委任者の債務が消滅するわけだから、やはり、これも自益信託と考えられるのである。さすれば、信託免許(登録)のない者がこのような契約を業として締結すれば、信託業法違反となるであろうか。そのことについては、六―四にて既述したとおりである。

【付記】

本稿は、財団法人全国銀行学術研究振興財団助成金による

研究成果の一部である。また、同研究助成の共同研究者の方々からもご示唆をいただいた。深謝申し上げる。

注

- (1) 保険会社と損害保険代理店の間で損害保険代理店委託契約が締結されており、それにより代理店に保険料の収受代理権が付与されている。
- (2) 権原レベルの問題を持ち込んで犯人の占有概念を把握することはできないということである(潮見佳男「損害保険代理店の保険料保管専用口座と預金債権の帰属(上)」——契約当事者レベルでの帰属法理と責任財産レベルでの帰属法理——」金法一六八三号四四頁)。
- (3) このドグマは、占有者に所有権があるというものであるから、そもそも所有権が觀念されない預金債権に適用されようはずもなからう。もちろん、物としての預金通帳や届出印鑑の所有権を指すわけでもない。
- (4) 他人のために財産の管理をする管理占有の場合の金銭に関して、現在の通説の細かい点についての見解は明らかではない。だが、貨幣が貨幣本来の職能を失つて流通過程におかれることなくただ保存の対象となつている場合には、管理者は占有するけれども貨幣の所有権を取得することはないが、一定数量の金額として保管する場合には、貨幣の所有権は占有と共に管理者に移る(末川博「貨幣とその所有権」同『物権・親族・相続』(岩波書店一九七〇年)二七〇頁)としているので、保存行為だけではない代理人の占有する金銭は、このドグマの対象となると考えられる。また、そのように解す

るのが支配的なようである。

- (5) もちろん、代理店の収受する保険料が全て貨幣であるということではない。ただ、筆者の知る代理店では、本判決以降でも現金での収受が約五割を占め、四割弱がキャッシュレス口座振替（当初口座振替）、残り一割強が専用口座への振込みとなっており、現金での収受が大宗となっている。

- (6) 滝本豊水・古角和義「損害保険代理店の破綻と保険料専用口座の帰属」金法一六七七号二六頁は、「本件判決は、『特段の事情』の存否につきとくに言及しておらず……保険代理店が受領した保険料については特段の事情がないと判断したものか必ずしも明確でない」としている。

- (7) 代理店が、単なる使者あるいは集金係であるなら、すなわち自己の金銭と混合できる立場でないとするなら、封金でなくとも特段の事情に該当しよう。そうであったなら、金銭ドグマの例外として、封金でないところの当該保険料たる金銭の占有者である代理店にはその所有権は帰属しないこととなる。だが、代理店は、保険料の収受につき授権された代理人であって、自己の金銭との混合が可能な立場である。つまり、使用人や集金係の立場ではない。ゆえに、代理店の集金係が保険契約者より収受した保険料については、その集金係が占有するけれども、その所有権は集金係が収受した時点で代理店に帰属することとなる（出捐者が使者に金銭を交付して定期預金設定を依頼した場合は、その使者が占有する金銭の所有権は出捐者に留まり、使者が預入れ金融機関に交付した時点でその所有権が金融機関に移転される。代理店の集金係の場合との相違は、ファイナリテイの発生が、集金係や使者の占有開始時点なのか、占有離脱

時点なのか、である）。保険契約者自らが保険料を封緘したうえで代理店に交付し、保険会社にもそのまま納付するように依頼したのであれば、それは特段の事情となり、その所有権は代理店には帰属せず、代理店が保険会社にそれを原状で納付するまでの間、保険契約者に留まることとなる。なおこの場合は、保険会社が代理店より収受するまでファイナリテイが発生せず、保険会社にはそれまで保険責任が発生しないこととなる。蓋し、代理店が代理人ではなく保険契約者の使者となっており、収受の効果が保険会社に帰さないからである。

- (8) 初期下級審判例は前述の三説に分かれていた。

- (9) 榎本克巳「預金者の認定」塩崎勤編『裁判実務大系二二巻金融信用供与取引訴訟法』（青林書院一九九三年）一三一―一八頁

- (10) 升田純「預金の帰属をめぐる裁判例の変遷」金法一五五五号二三頁

- (11) 兩宮啓「損保代理店専用口座預金者の認定について」銀法五四九号二七頁

- (12) もっとも、出捐者の「自己の預金とする意思」という要素は、学者の論するところであって（舛田前掲「預金の帰属をめぐる裁判例の変遷」二三頁、榎本前掲「預金者の認定」一四頁、金融法務研究会報告書（八）「預金の帰属」（金融法務研究会事務局二〇〇三年）四頁等他多数、判例においては直截には見出せない（最高裁判例は、「預入れ行為者が……金銭を横領し自己の預金とする意思で……預金をしたなどの特殊の事情の認められない限り、出捐者をもって……預金者とするのが相当」と、出捐者の意思ではなく預入れ行為者の意思につき言及するに留まっているようである）。だが、誤

振込の事例に関する最判平八・四・二六（民集五〇巻五号一・二六七頁）について、『最高裁判所判例解説（民事編（上））平成八年度』三八五頁で大坪丘調査官が「本件では振込金は受取人に帰属させる趣旨で振り込まれたのであり、振込依頼人には自分で預金する意思はなかったのであるから、受取人を出捐者とみて同人との間に預金契約の成立を認めることが預金者認定の判例の傾向に反するとはいえないだろうか」と解説していることから、自らの預金とする意思の要素が重要であることが伺われる（内田貴・佐藤政達「預金者の認定に関する近時の最高裁判決について（上）」NBL八〇八号一八一・九頁）とされる。（客観説は）真の預金者と銀行との関係では有効な規律と考えるが、差押権者などの第三者との関係も同様に規律できるかどうか、なお検討を要すると思われる」（金融法務研究会前掲『預金の帰属』八頁）とされる所以である。なお、その意思の真意に関しては、最三小判昭四八・三・二七（民集二七巻二号三七六頁）「上告人はBに対し名義上のみ預金者をBとすることを承諾していたものとみることができないわけではなく」を参照。

- (13) 「委託契約書の中に代理店がお客様から受領した保険料、それから管理のために専用口座へ入金したお金というのは保険会社のものだという、保険料の帰属条項を設けています。……保険会社として、あるいは代理店との間では、代理店が預かった保険料あるいは入金したお金は保険会社のものであるという意識があったのは間違いないお金だと思います」（田爪浩信氏発言於座談会「損害保険料保管専用口座の帰属を考える」ほうむ五〇号一七頁）

- (14) 特段の事情とは、金銭を占有しながらその所有権を有さないとする、つまり金銭につき間接占有を認めるべき特殊な事情という意味

である。金銭（預金原資）の占有者を預金の出捐者とする客観説の原則（この定義がそもそも誤りなのだが）を覆す特殊の事情というわけではない（渡辺博巳「専用普通預金口座の預金者と預金者破綻時の預金の帰属」金法一六九〇号七〇頁参照）。

- (15) 潮見佳男「損害保険代理店の保険料保管専用口座と預金債権の帰属（下）」——契約当事者レベルでの帰属法理と責任財産レベルでの帰属法理——金法一六八五号四八頁。他に、弥永真生「収戻権の対象——代理店が収受した保険料が専用口座に保管された場合の預金債権」ジュリ九九五号一〇八頁「金銭については占有と所有とが結合している……この考え方がすれば、代理店が受領した保険料は、保険会社へ送金される前は、いったん代理店の所有に帰属し……この保険料を原資として預金したとしても、預金債権者認定に関する判例の流れからはこの預金は、原則として、代理店に帰属する」、秦光昭「預金者の認定と客観説の行方」金法一六八一号五頁「受任者の取引の相手方からの受取金の交付が現金で行なわれたときは、金銭の占有の移転イコール所有権の移転という構成で、受任者がその金銭の所有者として預金の出捐者であると言うことができる」、渡辺前掲「専用普通預金口座の預金者と預金者破綻時の預金の帰属」七〇頁「客観説の理論的立場によれば、金銭の占有者が出捐者として預金者になる」等々。

- (16) 最三小判昭五二・八・九金法八三六号二九頁も、自己の預金とするために金員を出捐したAが代理人（または使者）Bに、記名式定期預金の預入手続を一任し、B名義の預金証書の交付を受け、届出印鑑とともに所持している場合には、出捐者であるAがその預金者であると認めるのが相当である、としている。そもそも、金銭ドグ

マにより「預金の原資の所有者」預入行為者が出捐者となる」からその者が預金者であるとするならば、客観説というよりも主観説「預入れのときに預入行為者が特に他人の預金である旨を表示しないか、又は銀行が実質上の権利者を知らない限り、預入行為者が預金者であるとする説。榎本前掲「預金者の認定」一四頁」に立脚してしまっているのではなからうか。

- (17) さらに、客観説を本判決に単純に当てはめると、保険契約者が預金者であるという結論も導き得るかという命題については、保険契約者に本件預金を自己の預金とする意思があるうはずもないので、それは否といわざるを得ない。

- (18) 潮見前掲「損害保険代理店の保険料保管専用口座と預金債権の帰属(下)」四三頁。また、座談会「預金の帰属をめぐる最新判例と実務対応」金法一六八六号一四一五頁には、本判決の論理構造につき「最高裁の判決文を読みますと……「預金の原資」という言葉を使っているですね。……実は最高裁は、いわゆる客観説、出捐者説的なアプローチはここでも捨てていないのではないかと。「預金の原資の出捐者」をキーに判断を示しているのではないかと考えられます」との田爪浩信氏発言がある。

- (19) 尾島明「時の判例」ジュリー二五六号一七八頁

- (20) 岩原紳作・森下哲朗「預金の帰属をめぐる諸問題」金法一七四六号三五頁は、「A保険会社代理店○」という表記と「A保険会社代理人○」という表記の違いが、法律の専門家でもない銀行員等の認識にどれだけの影響を与えるのかは疑わしいとしている。

- (21) 代理人と表記して預入行為の代理構成を採るにしても、実務上は困難が伴うであろう。パイオフに関連する名寄せや、本人確認法

による手続等であるが、本稿ではその対処については立ち入らない。また、預入れ金融機関の注意義務に鑑みて、「代理店」の文字が含まれているし、保険代理店業務につき不案内でもないのだから、当該預入れ行為が代理人としての行為であると金融機関は知り得たはずであり、それを金融機関が否定することは、権利(相殺権)の乱用だという見解もあるようである。だが、金融機関には法的に保護される期待権がないという悪意論理を適用するのは、如上の理由から妥当ではないと思料する。

- (22) 弥永前掲「取戻権の対象——代理店が収受した保険料が専用口座に保管された場合の預金債権」一一〇頁

- (23) 森川隆「損害保険代理店が保険料保管のために開設した専用口座の預金債権が保険会社へ帰属するとされた事例」早法七五卷一三二五頁。この批判に対しては、渡辺前掲「専用普通預金口座の預金者と預金者破綻時の預金の帰属」七四頁の「預金の譲渡禁止契約があっても、銀行が承諾すれば譲渡可能であり、銀行が承諾を求められればこれに応じることもあるので、本特約をもって譲渡性が否定されるものでもない」との再批判がある。譲渡契約意思の措置が可能か否かの問題だから、前提として不可欠である銀行の応諾が不確実であるのに、そのような意思があったとはいえない。右再批判は妥当ではない。

- (24) 兩宮前掲「損保代理店専用口座預金者の認定について」三一頁

- (25) 黒沼悦郎「損害保険代理店が保険料保管のために開設した専用口座の預金債権の帰属」金法一四九二頁七頁

- (26) 森川前掲「損害保険代理店が保険料保管のために開設した専用口座の預金債権が保険会社へ帰属するとされた事例」三三八・三二九

頁

- (27) 伊藤眞「損害保険代理店が收受した保険料を保険募集の取締に關する法律に基づき専用口座に保管中、保険代理店が破産宣告を受けた場合、右預金債権は保険会社に帰属するとされた事例」判時一三三〇号二二五頁

- (28) 潮見前掲「損害保険代理店の保険料保管専用口座と預金債権の帰属(下)」五〇頁は、問屋の場合の、委託者が取戻権を行使する際の目的物(有価証券)の見返りとなる委託者から問屋への対価支払いに相当するものが、本件においては、代理店に供与されていないつまり、保険役務の供与は保険契約者に対してであつて代理店に対してではないから、問屋の法理を本件において推及することには問題があるとしている。ただ、問屋の場合の買入代金も問屋を通じて(本件においては保険契約者の立場に該当する)取引の相手方に交付されているわけである。直接の交付先に異同があるのみで、取戻の実質的根拠とされている見返りの帰属先はいずれも破産者を介した相手方であるから、本稿ではことさらに問題とはしない。

- (29) 預金債権に関してはここにおいて、收受した保険料と特定性を連続しているかということが問題となろう。特定性が切断されているとなれば、預金債権にかかる取戻権行使可能性についての結論は別異となろう。本件保険料と預金債権との特定性連続については後述する(七一参照)。

- (30) 物、有価証券等についてはこの問屋の法理の射程内であることは異論がないが、金銭については、金銭ドグマを前提にして、委託者は債権的請求権しか有さないと解するのが一般とされている(渡辺前掲「専用普通預金口座の預金者と預金者破綻時の預金の帰属」七

三頁)。だが、問屋の法理においては、右ドグマにより金銭の所有権が問屋に帰属するからという理由ではなく(この法理は、有価証券であつてもその所有権が問屋に帰属することを前提としている)、このように窃取金・騙取金とのバランスおよび識別可能性から金銭を特別視せざるを得ないと解するのが正当であらう。

- (31) 藤原弘道「問屋の破産と取戻権」民商六〇巻三三八五頁

- (32) 先行的占有改定の合意を措定するならば、直截に所有権を基礎とする取戻権とすればよいのであつて、あえて実質的利益の概念を持ち出さずともよい。

- (33) 伊藤前掲「損害保険代理店が收受した保険料を保険募集の取締に關する法律に基づき専用口座に保管中、保険代理店が破産宣告を受けた場合、右預金債権は保険会社に帰属するとされた事例」一二二五—一二二六頁

- (34) 伊藤論文では明らかではないものの、本件預金の利息についても、代理店手数料相当分と同じく、破産財団に組み込むこととなろう。

- (35) 判時一八一六号四九頁、判タ一一一七号二二三頁、尾島前掲「時の判例」一七八頁。

- (36) 「せっかく信託の措定してみても、信託法には明文がないのであつて、結局は、取戻権を認めるべきか否かの解釈が行なわれている」ゆえに、信託構成の効果につき疑問視する見解がある(雨宮前掲「損害保険代理店専用口座預金者の認定について」三二二頁。だが、最一小判昭二九・一一・一六判時四一〇号一二二頁が、「いわゆる信託財産であつて(受託者)個人の財産には属しない」と信託財産の受託者からの独立性を認めているし、また、信託法一五、一六、四二条はその明文規定であると考えられる。

(37) ただ、信託法理の本案への適用可能性については、これを否定する意見の方が多いようではある（新井誠教授発言於前掲座談会「損害保険料保管専用口座の帰属を考える」一五頁「信託法理に適用の可能性も私はあると考えています。今まで発表された文献では否定する意見の方が多いようですけど」）。

(38) 道垣内弘人「最近信託法判例批評（九・完）」金法一六〇〇号八四頁

(39) 渡辺前掲「専用普通預金口座の預金者と預金者破綻時の預金の帰属」七三頁

(40) 潮見前掲「損害保険代理店の保険料保管専用口座と預金債権の帰属（下）」四八・四九頁。また、堀裕弁護士発言於前掲座談会「損害保険料保管専用口座の帰属を考える」二八頁「信託契約の要物性を充足する財産権の移転という点が説明つかない」。

(41) 森川前掲「損害保険代理店が保険料保管のために開設した専用口座の預金債権が保険会社へ帰属するとされた事例」三三二頁

(42) 堀弁護士発言於前掲座談会「損害保険料保管専用口座の帰属を考える」二八・二九頁

(43) 野村弘弁護士発言於前掲座談会「損害保険料保管専用口座の帰属を考える」二二頁

(44) 堀弁護士発言於前掲座談会「損害保険料保管専用口座の帰属を考える」一六頁・三三頁

(45) 天野佳洋氏発言於前掲座談会「預金の帰属をめぐる最新判例と実務対応」二六頁。ただし、天野氏は、救済法理としての信託であれば、業法違反にはならないが、その適用については裁判所の認定に任ざれているとしている。

(46) 新井教授発言於前掲座談会「損害保険料保管専用口座の帰属を考える」二八頁

(47) 二〇〇四年一月二六日第一六一回臨時国会にて、改正「信託業法」が成立したが、如上の「信託業法」とは、旧信託業法（大正一年四月二一日法律第六五号）を指す。

(48) 田爪氏発言於前掲座談会「預金の帰属をめぐる最新判例と実務対応」二六頁

(49) 天野佳洋「預金者の認定と信託法理（中）」銀法六二三号五一頁

(50) ただ、改正信託業法二二条二項および同法にかかる信託業法施行規則（内閣府令）二八条によれば、登録信託会社が信託業や信託契約代理業等以外の業務を行う場合には、その業務を「兼業業務」と位置づけ、その旨の申請書を金融庁長官に提出せねばならないこととなっている。この場合、保険代理店につき信託業務が主要業務で、保険代理店業務が「兼業業務」となってしまうわけであり、承認を行う立場としても違和感を拭い切れないかもしれない。

(51) 新井誠「信託法（第二版）」（有斐閣二〇〇五年）二一六頁

(52) 当該預金の出金に関して、当該預入れ金融機関自身がチェッカーの役割を果たしている公共工事の事案で、それが考慮されるのはこのように相殺の場合ではあるものの、信託の成立要件として考慮されるようなものではない。

(53) むしろ、混合していないという評価を得ることが不可能といった方がよからう。蓋し、混合してはならず分別して保管せねばならないという義務を課し、専用金庫等で保管せしめたところで、三にて既述したように、それは特段の事情とは認められず、結局混合したのと同じ効果しか得られない。代理人の收受した現金は他の金銭と

の混合が不可避なのである。

- (54) 使用人が自己の金銭と混蔵してしまった場合は別異である。「主人から預かった貨幣を（家事上の被用者が）自己の固有の財産と混同して例えば自分の貨幣のはいっている財布に入れてしまったような場合には、主人の所有権は失われて被用者がその所有権を取得し、主人はそれに対して同額の貨幣の返還を求めうるにすぎない」（末川博「貨幣とその所有権」同「物権・親族・相続」（岩波書店一九七〇年）二六九頁）。

- (55) 内田貴・佐藤政達「預金者の認定に関する近時の最高裁判決について（下）」NBL八〇九号三〇頁は、本判決につき契約当事者認定の一般法理を適用したものであり、これは定期預金にも踏襲されるであろうと予想する。事実上の判例変更であり、定期預金について最高裁まで争われた場合は大法廷で判例変更がなされることが望ましいとしている。

- (56) 売買契約においても異例なケースとなろうが、支払代金としての封金が譲渡人の下でいまだ開封されず原状にて保管されたまま、譲渡人が対象物を譲受人に引渡す前に破産した場合は、当該封金につき民法三一一条六号の準用を認めてもよいように思う。当該売買契約が無効になった場合も同様である。

- (57) 保険契約者からの占有離脱時点では封金等でなく裸の現金であったことは、特に問題ではないと思考する。新占有者と原占有者との法律関係において特定性が問われる場合、封藏された貨幣の場合は格別、いわゆる裸の現金であったとしても、新占有者が本件代理店のようにそれを専用金庫等で管理すれば、特定性は確保される。蓋し、占有移転の刹那から専用金庫への入庫まではいったん特定性が

失われるが、その入庫によりあらためて特定性の外延が発現することとなる。すなわち、両者間において、「当該金庫に存する現金」として特定していると措定できる。また、そのいったん切断されたように思われる「物としての特定性の連続性」については、両者の間で、実際に授受した現金と当該金庫等に入庫される現金との（広義の）交換の合意があったと解すればよいと思考する。

(58) 当該預金にかかる預入れ金融機関の相殺期待に関しては別異である。六一五参照。

（大学院博士課程ビジネス科学研究科）